

EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN EN SU CONCEPCIÓN Y DESARROLLO: CUARENTA AÑOS DE LAICIDAD Y LIBERTAD RELIGIOSA

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DECISIÓN DEL CONSTITUYENTE SOBRE LA LLAMADA CUESTIÓN RELIGIOSA Y SUS CONDICIONANTES HISTÓRICOS, POLÍTICOS Y SOCIOLÓGICOS. 3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL DESARROLLO LEGISLATIVO ESPECIAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS. 4. CONSTITUCIÓN Y ACUERDOS DEL ESTADO CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS. 5. CONCLUSIONES: EL DEFICIENTE PROCESO DE DESCONFESIONALIZACIÓN DEL ESTADO ESPAÑOL Y LAS PROPUESTAS DE RECONSTRUCCIÓN DE TODO ESTE SECTOR NORMATIVO.

Fecha recepción: 19.05.2017

Fecha aceptación: 19.09.2017

EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN EN SU CONCEPCIÓN Y DESARROLLO: CUARENTA AÑOS DE LAICIDAD Y LIBERTAD RELIGIOSA

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU*

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga

A la memoria de José Antonio Souto, inolvidable maestro y amigo al que ya tanto se echa de menos.

Una primera mirada a la línea que marca la fuente inicial del nuevo Derecho eclesiástico español llevaría a calificarla de escasamente innovadora respecto de las características de la regulación jurídica del factor religioso del período histórico anterior. {...} sus características son las típicas de las opciones de una transición: rompen los esquemas del pasado sin excesivas violencias, pero precisamente por ello condicionan en alguna medida el futuro.

PEDRO LOMBARDÍA

«Opciones políticas y ciencia del Derecho eclesiástico español»

¹ Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, Campus de Teatinos 29071 Málaga. Email: jpolo@uma.es.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando hace ahora algunos meses el profesor Torres del Moral tuvo la gentileza de invitarme a participar en este volumen con el que se celebra el feliz cuadragésimo aniversario de la Revista de Derecho Político —coincidente este último, y obviamente no de manera casual, con las también cuatro décadas de andadura de nuestra ley de leyes—, se me propuso realizar una suerte de balance o de valoración global del devenir, desde la instauración del vigente régimen constitucional, de eso que solemos llamar el sistema de relaciones Iglesia-Estado, cuyos dos ejes vertebrales son, como se sabe, la libertad ideológica y religiosa, de un lado, y el principio de laicidad o de aconfesionalidad, de otro.

La encomienda presentaba ya de inicio algunos notables escollos, habida cuenta de la dificultad que en sí mismo conlleva todo esfuerzo de síntesis que pretenda reflejar adecuadamente al menos las grandes líneas que ha seguido la evolución de todo un sector del ordenamiento, a lo que había que sumar la necesidad de mantener la extensión del trabajo dentro de unos límites razonables pero ajustados; sin embargo, al mismo tiempo, estos condicionantes supusieron, también desde un primer momento, un estimulante reto intelectual que además, dadas las características de una propuesta como esta en la que se aspira a exponer globalmente el estado de una cuestión tan amplia como la que nos ocupa, permitía enfocar la tarea en cierto modo casi más como un ensayo que como un estudio al uso, en detrimento del consabido aderezo del texto con un muy prolijo y más o menos exhaustivo aparato crítico pero, a cambio, en beneficio de una más fluida exposición de las ideas esenciales y de los problemas jurídicos fundamentales que han marcado el desarrollo del Derecho Eclesiástico español en las últimas décadas.

Desde estas premisas, con sus limitaciones pero también con sus ventajas ya mencionadas, me dispongo a realizar seguidamente y de manera resumida un balance general de los cuarenta años transcurridos de laicidad y libertad religiosa bajo el imperio de la Constitución.

2. LA DECISIÓN DEL CONSTITUYENTE SOBRE LA LLAMADA CUESTIÓN RELIGIOSA Y SUS CONDICIONANTES HISTÓRICOS, POLÍTICOS Y SOCIOLÓGICOS

En lo concerniente a la llamada cuestión religiosa el constituyente tenía ante sí, como es sabido, el importante desafío que implicaba tratar de dar una adecuada solución a un tema particularmente espinoso, históricamente marcado por

la presencia de intensos antagonismos y que había sido con frecuencia una fuente de fuertes tensiones sociales en ocasiones de tintes dramáticos, tal y como había sucedido en la última experiencia constitucional durante el período de la Segunda República.

De hecho esta cuestión, a lo largo de todo nuestro constitucionalismo histórico, fue objeto de un tratamiento ciertamente peculiar y estrechamente ligado a eso que podríamos llamar nuestra propia idiosincrasia como Nación tradicionalmente católica, de manera que las notas predominantes en cuanto al tratamiento jurídico del factor religioso en nuestros textos constitucionales decimonónicos fueron las del mantenimiento del principio de la confesionalidad católica estatal, de un lado, y la de la falta de una plena libertad religiosa, de otro, lo que no deja de ser paradójico en el contexto de un conjunto de sucesivos regímenes políticos de cuño liberal y garantes de un buen número de otros derechos civiles y libertades públicas.

No puede ser más significativo, en este sentido, el modo en el que, en los albores de nuestro constitucionalismo histórico, fue abordada esta cuestión por las Cortes de Cádiz, dando lugar a que *la Pepa* instaurase solemnemente un régimen de confesionalidad católica estatal —de perpetua catolicidad del Estado, si nos atenemos al hiperbólico enunciado de su artículo 12— y de abierta e inequívoca intolerancia religiosa. Desde ese momento en adelante, nuestros textos fundamentales no se apartarían de esa confesionalidad estatal —en unas ocasiones formalmente declarada y en otras implícitamente asumida mediante ciertas referencias a la confesionalidad sociológica del pueblo español—, y, si bien ya no volverían a dar acogida a un estatuto de radical intolerancia como el mencionado, se limitarían todos ellos a proclamar un régimen de mera tolerancia religiosa —con admisión únicamente del ejercicio privado de los cultos disidentes—, con la única llamativa excepción del reconocimiento de la libertad de cultos que se verificó, aun de manera un tanto alambicada, en la Constitución de 1869 bajo el período de *la Gloriosa*.

Es evidente que especialmente esta ausencia de libertad religiosa a lo largo de prácticamente toda esa centuria solo puede ser concebida como una auténtica anomalía, en el marco de la ideología liberal que subyace al desarrollo del constitucionalismo español en este período, y, en efecto, la explicación que parece más plausible conceder a este fenómeno es la de que esos regímenes meramente tolerantes para con los cultos acatólicos no fueron propiciados —o al menos claramente no en todos los casos—, por razones de orden estrictamente jurídico sino más bien por las dificultades que pudo encontrar el constituyente en este terreno ante la incuestionable hegemonía de una Iglesia católica que, por aquel entonces, gozaba de enorme influencia y capacidad de presión política en el país.

Así fue, desde luego, en el caso de la obra de los diputados doceañistas, tal y como lo admitiría tiempo después, desde un exilio londinense que le impulsó a formular sus juicios con una mayor libertad¹, don Agustín de Argüelles, quien rememorando el trance no tuvo reparos en reconocer que aquel peculiar artículo 12 había sido resignadamente aprobado con plena conciencia de su carácter antiliberal pero, al mismo tiempo, bajo la convicción de que era necesario transigir en este tema para evitar un nuevo foco de conflicto, en esta ocasión con la poderosa Iglesia católica —con toda la furia y fuerza teológica del clero, llegó a decir expresivamente este insigne prócer—, lo que hubiera podido añadir un nuevo y serio obstáculo al buen éxito de la obra de las Cortes gaditanas en su conjunto². Y seguramente esta misma dinámica estuvo en el trasfondo de la actitud cautelosa —acaso temerosa— demostrada por el constituyente de 1869 a la hora de dar entrada, por vez primera en nuestro país, a la libertad de cultos en un texto iusfundamental, lo que explicaría que el correspondiente precepto en el que ello tuvo lugar, concretamente el artículo 21³, se enunciase de una forma tan elíptica y en apariencia pensada para de algún modo disimular o hacer menos visible lo que sin duda se preveía iba a ser recibido por el catolicismo español con una gran hostilidad.

Al margen de que la presencia de estatutos de mera tolerancia religiosa en un contexto de ininterrumpida vigencia del principio de confesionalidad católica estatal se correspondiese en alguna medida, ocasionalmente, con los postulados propios de las facciones más moderadas o conservadoras del liberalismo español —de lo que la Constitución de la Restauración canovista sería seguramente un buen ejemplo—, creo honestamente que la importancia del fenómeno que acaba de describirse no puede ser subestimada en absoluto porque, además, muy similares condicionantes estuvieron también presentes en la obra del cons-

¹ Como se ha hecho notar, Argüelles presumiblemente redactó su esclarecedor *Examen crítico de la reforma constitucional* mientras se encontraba en la capital inglesa y, aunque en el momento de su publicación ya estaba de regreso en suelo patrio esta se produjo también en Londres, acaso ello precisamente debido a esa libertad y a esa descarnada sinceridad con la que se había conducido el autor en esta obra en su relato de lo acontecido en las Cortes gaditanas (Cfr. L. SÁNCHEZ AGESTA, «Agustín de Argüelles y la Constitución de 1812», en A. DE ARGÜELLES, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, 2011, pp. 14-15).

² Cfr. J. M. LABOA, «La libertad religiosa en la historia constitucional española», en *Revista de Estudios Políticos*, 30 (1982), pp. 161-62.

³ «La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior.»

tituyente de 1978 y dieron allí lugar al arbitrio de ciertas soluciones que podríamos calificar como de estricto compromiso entre las aspiraciones de quienes pretendían instaurar un régimen de plena libertad religiosa con absoluto respeto al principio de igualdad en esta materia, de un lado, y quienes consideraban, ya fuese por convicción⁴ o por la conveniencia de contribuir con ello al buen desenlace del proceso de transición democrática, que era imprescindible garantizar de algún modo la pervivencia en el nuevo sistema del conjunto de beneficios y privilegios de que venía gozando entre nosotros la Iglesia católica por la vía acordada y que tenían su principal reflejo en el Concordato franquista de 1953.

Los artífices de nuestra Carta Magna tuvieron muy presente, como es notorio, la turbulenta experiencia de eso que la historiografía comúnmente ha dado en llamar «el laicismo beligerante» de la Segunda República —con su también paradójica falta de libertad religiosa colectiva en un sistema que se decía garante de los derechos y libertades—, y, por ello, fueron muy conscientes de la importancia de hallar algún tipo de solución de consenso también, o quizás especialmente, en este tan delicado asunto, y fue así como efectivamente entraron aquí en escena otros factores políticos o de oportunidad que tuvieron a la postre un peso decisivo a la hora de confeccionar el precepto iusfundamental en el que modularmente se regula toda esta materia.

Así las cosas y tras un iter parlamentario como era de esperar no exento de polémica⁵, el artículo 16 de la Constitución, en sus apartados primero y segundo respectivamente, terminó proclamando el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto y mencionando una de las facetas en las que se manifiesta su vertiente inmunitaria frente a la coacción externa, en este caso la relativa al derecho a no declarar sobre las propias convicciones, y, finalmente, en su apartado tercero, aquel precepto enunció el carácter aconfesional del Estado

⁴ En el período constituyente no escasearon las voces que, considerándolo de justicia por unas u otras razones concretas, llamaban a seguir dotando a la religión tradicionalmente hegemónica entre nosotros de una posición privilegiada en el nuevo orden constitucional. Por solo citar un ejemplo muy significativo de este tipo de planteamientos, cabe destacar las reveladoras palabras entonces de C. Albiñana instando a tener en cuenta «la especial y bien ganada consideración que la Iglesia Católica tiene en España tanto por razones históricas, como sociológicas, culturales y aún meramente cuantitativas, que de algún modo ha de pesar al plantear cualquier ordenamiento jurídico en materia religiosa, ya sea con rango constitucional, ya sea a nivel orgánico u ordinario» (C. ALBIÑANA, «El régimen jurídico-económico de la Iglesia en España», en VV. AA., *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*, Salamanca, 1978, p. 103).

⁵ Para una ilustrativa exposición crítica del contenido de los trabajos parlamentarios sobre este precepto puede verse, entre otros, J. J. AMORÓS, *La libertad religiosa en la Constitución de 1978*, Madrid, 1984.

así como la obligación genérica de cooperar con la Iglesia católica y con las demás confesiones religiosas que desde entonces pesa sobre los poderes públicos⁶.

Respecto del reconocimiento de la libertad de creencias, el constituyente se vio en principio libre de otros condicionantes previos que no fuesen los derivados de su voluntad de inspirarse en los textos internacionales en materia de derechos y libertades y, singularmente, en lo estipulado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante también el CEDH), tal y como aconteció con la declaración de los restantes derechos fundamentales, y así, en efecto, se estableció un régimen constitucional de aquella libertad primigenia muy en consonancia con las directrices marcadas por ese entorno iusinternacional.

No ocurrió lo mismo, sin embargo, respecto de la enunciación del principio de aconfesionalidad, pues en este caso puede afirmarse sin ambages que la tarea del constituyente se vio decisivamente condicionada por la existencia de un proceso de negociación, desarrollado discretamente en paralelo al propio trámite de elaboración de la ley fundamental y orientado a la preservación, en lo posible, del contenido del régimen concordatario con la Iglesia católica que se encontraba vigente en el momento de producirse el proceso de transición política a la democracia. Lo ha puesto de relieve agudamente, por ejemplo, J. A. Souto al advertir que las razones que subyacen a la introducción del segundo inciso del artículo 16.3 CE están, en realidad, estrechamente vinculadas a ese fenómeno y obedecen al propósito de dotar expresamente de algún tipo de cobertura en el nuevo sistema constitucional a esos acuerdos que estaban ya siendo cripto-pactados con la Santa Sede, todo ello en contrapartida al apoyo decidido que la jerarquía eclesiástica estaba prestando al complicado proceso de cambio político en España⁷. Con no menor perspicacia lo ha expresado también F. Rey, al hacer notar que «el constituyente no fue totalmente libre en relación con la regulación de [...] la posición privilegiada de la Iglesia católica en nuestro ordenamiento a partir de los Acuerdos internacionales que entraron en vigor más tarde pero que fueron gestados de modo paralelo a la elaboración del propio texto constitucional. Esto ha determinado, en gran medida, que los Acuerdos no

⁶ Según dispone el referido artículo 16 CE, «1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

⁷ Cfr. J. A. SOUTO, «Cooperación del Estado con las confesiones religiosas», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 84 (1995), pp. 368 y ss.

hayan sido interpretados a la luz de la Constitución, sino justo al revés»⁸; esto último a menudo ha sido así, ciertamente, y a ello me referiré después con algún mayor detalle.

A mi juicio efectivamente son esas y no otras las razones que, en última instancia, explican la presencia de la mención constitucional a la Iglesia católica en ese precepto, pues es simplemente obvio que, si bien una referencia genérica a la obligación de cooperar con las confesiones religiosas habría podido servir igualmente de sustento en el nuevo sistema a los acuerdos suscritos con la Santa Sede, una mención específica como la que finalmente se produjo resultaba ciertamente tranquilizadora a ese propósito y ofrecía un explícito punto de apoyo para justificar, cuando menos formalmente, la existencia de los acuerdos concordatarios en el nuevo modelo constitucional ante cualquier debate que pudiera haberse suscitado al respecto, a lo que habría que añadir que el constituyente, al vincular la cooperación a esa obligación de «tener en cuenta» las creencias religiosas de la sociedad española, estaba en apariencia posibilitando la instauración de acuerdos con contenidos sustancialmente distintos, más o menos beneficiosos respecto de unas u otras confesiones en función de su mayor o menor presencia sociológica entre nosotros, y no ha de ser uno muy perspicaz para darse cuenta de que ese era, precisamente, el anclaje iusfundamental que precisaban quienes ya habían asumido el compromiso de garantizar la vigencia en el nuevo régimen de un estatuto concordatario ostensiblemente privilegiado y, en muchos aspectos, muy similar al anteriormente existente.

Como es fácil suponer, la cuestión pronto despertó algunas serias suspicacias ya en el trámite parlamentario y, una vez aprobada la ley fundamental, los interrogantes que de inicio planteaba esa norma singularmente en su relación con el principio de igualdad no tardaron en aflorar en el debate científico, lo que dio pie, por ejemplo, a que se llegase a sugerir que lo que la norma constitucional en cuestión encerraba no era otra cosa que una suerte de confesionalidad encubierta⁹. Esta acusación y otras similares por lo general fueron rebatidas acudiendo a los mismos argumentos que ya habían sido utilizados durante el transcurso del debate en las Cortes constituyentes, esto es, arguyendo que la mención constitucional a la Iglesia católica carecía aquí de otros efectos que no fuesen los meramente simbólicos y había de ser tenida por una simple muestra de reconocimiento del carácter tradicional y sociológicamente mayoritario de esta religión

⁸ F. REY, «La decisión del constituyente en materia de conciencia y religión», en A. BARREIRO y M. TEROL (Coords.), *La libertad religiosa en el Estado social*, Valencia, 2009, p. 110.

⁹ Cfr. D. LLAMAZARES y G. SUÁREZ PERTIERRA, «El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61 (1980), pp. 33-34.

en nuestro país, pero sin que de ello hubiera de deducirse, en modo alguno, que se estaban sentando las bases para admitir algún tipo de estatuto jurídico privilegiado para esta confesión ni por supuesto alguna forma de confesionalidad más o menos solapada.

En cualquier caso lo cierto es que, pocos días después de la entrada en vigor de nuestra Carta Magna fueron firmados los cuatro grandes acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede que, en conjunción con el llamado acuerdo marco que había sido suscrito en 1976, vinieron a dar sustitución al Concordato franquista hasta ese momento vigente¹⁰, eliminando de este sistema de relaciones aquellos aspectos que *prima facie* resultaban más abierta y llamativamente incompatibles con las nuevas coordenadas constitucionales —como por ejemplo la solemne declaración de confesionalidad católica estatal que presidía el modelo anterior— pero manteniendo, en lo sustancial, buena parte de los privilegios de que venía gozando hasta esa fecha la que otrora fuese la religión oficial del Estado en materias tales como la financiación, la enseñanza o la asistencia religiosas¹¹. El novedoso —o tal vez no tanto— régimen concordatario resultaba ser, así, cronológicamente postconstitucional en su vigencia, tal y como se había pretendido, pero indudablemente también de elaboración preconstitucional, pues las negociaciones que condujeron a la aprobación de los cuatro grandes acuerdos de 1979 habían dado comienzo tiempo atrás, incluso antes de que fuese discutido en las Cortes constituyentes el contenido del mismo artículo 16.

Este es un dato objetivo que el intérprete no puede desconocer habida cuenta de que, como muy atinadamente ha postulado L. Prieto Sanchís, «salvo que adoptemos una perspectiva estrechamente formalista, los Acuerdos no representan ningún desarrollo constitucional; ellos son el fruto de una negociación que no se conecta con ningún modelo previo de Derecho eclesiástico español, sino que se produce al tiempo que se modelo iba tomando forma. En otras palabras:

¹⁰ Además del mencionado acuerdo marco de 28 de julio de 1976, en el que se establecieron las bases por las que habría de discurrir el nuevo modelo de relaciones, el 3 de enero de 1979 fueron en efecto firmados los cuatro grandes acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede que vinieron a sustituir al contenido del Concordato de 1953, concretamente el Acuerdo sobre asuntos jurídicos, el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, el Acuerdo sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos y, por último, el Acuerdo sobre asuntos económicos.

¹¹ De ahí que se haya hecho notar, en relación con el régimen de la Iglesia católica, que en nuestro sistema constitucional se «convalida, en suma, aun en el peculiar marco que ofrece el Estado laico, un trato preferente y diferenciado del común, que no modifica, esencialmente, aquel con el que ya contaba la misma, en el pasado más reciente, esto es, en las coordenadas ideológicas del Estado confesional» (J. M. PORRAS, *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho*, Cizur Menor, 2006, p. 86).

las bases del Derecho eclesiástico español fueron diseñadas en 1978 mediante un complejo proceso legislativo en el que se aúnan decisiones constituyentes unilaterales y transacciones bilaterales»¹². Más adelante volveré sobre las consecuencias que todo ello ha tenido en el desarrollo de este sector de nuestro ordenamiento.

3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL DESARROLLO LEGISLATIVO ESPECIAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

Dejando momentáneamente aparte el asunto de los acuerdos con la Santa Sede y siguiendo, ahora sí, la secuencia cronológica que normalmente cabría esperar, esto es, en ulterior desarrollo de lo estipulado basilarmente en el artículo 16 CE, fue tempranamente promulgada la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en adelante LOLR).

Con ello el legislador optó por desarrollar de manera parcial el contenido de aquel precepto iusfundamental, asumiendo implícitamente la premisa de que la libertad religiosa y de culto constituye en dicho precepto una libertad especial, distinta de la libertad ideológica y por ello dotada de un objeto y un contenido propios y diferenciados.

Esta opción legislativa, en sí misma, aunque ha sido mayoritariamente avalada y considerada constitucionalmente idónea en sede científica —así en el terreno de la doctrina eclesiasticista, indudablemente—, también se ha visto ocasionalmente cuestionada por algunos autores fundamentalmente bajo la asunción de que los textos internacionales, en teoría determinantes del contenido constitucionalmente declarado del artículo 16 merced a lo estipulado en el artículo 10.2 CE, apuntan más bien hacia el reconocimiento de una sola libertad a la que dichos textos internacionales aluden, indistintamente, utilizando diversas denominaciones tales como la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de religión o creencia, la libertad de religión o convicción o, más escuetamente, la libertad de creencias, garante aquella por igual de la libre manifestación social de las ideas y convicciones de cualquier naturaleza, política, filosófica, religiosa, etc.¹³.

¹² L. PRIETO SANCHÍS, «El Derecho eclesiástico de la década constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, 66 (1989), p. 95.

¹³ Paradigmática en este sentido es la posición sostenida por el prof. Souto Paz, cuya obra científica en toda esta materia gira en torno a esa idea y por tanto presupone la existencia en la Constitución de un régimen común de protección para la libre manifestación de las ideas y

No obstante estos planteamientos críticos formulados en el ámbito doctrinal, el dato normativo en vigor es el que es y refleja en efecto, de manera inequívoca, la preconcepción de la libertad religiosa como una libertad especial cuyo objeto propio de tutela no es otro que las conductas realizadas con fines religiosos o, si se prefiere, las manifestaciones sociales de la religión o de lo religioso cuya libre expresión se pretende proteger específicamente, y ello, a su vez y como es lógico, ha reclamado del legislador algún tipo de acotación normativa de ese ámbito objetivo especial que permita identificarlo como tal y diferenciarlo de otros ámbitos de protección jurídica como los que, por ejemplo, podrían corresponder a la libre exteriorización social de otro tipo de convicciones no religiosas.

Esa acotación se verificó en el artículo 3.2 LOLR que, como suele advertirse, no hace otra cosa que definir lo que legalmente se entiende por la religión o por lo religioso, aunque lo haga por exclusión o, como también podría decirse, por vía negativa, esto es, declarando no tanto lo que es una finalidad religiosa como lo que no ha de ser tenido por tal a efectos normativos, al proclamar aquella disposición que «quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos *ajenos a los religiosos*» (La cursiva es mía). El precepto en cuestión, si se me admite la expresión coloquial, visiblemente no tiene desperdicio ninguno pues al enunciar esas finalidades que legalmente se reputan no religiosas resulta, cuando menos, extremadamente ambiguo e impreciso, vidrioso y falto de la necesaria certeza que sería exigible a una disposición legal de esta naturaleza, defectos estos que el muy inadecuado recurso en él a la analogía no hace sino agravar, redundando todo ello en la generación de una más que evidente inseguridad jurídica a la hora de poder conocer con exactitud qué es lo que la ley considera una conducta protegida y qué no lo es.

Además este enunciado legal en sí mismo, en la medida en la que implica la definición estatal, siquiera sea por vía negativa, de lo que haya de entenderse por religión o por fines religiosos, nos puede llevar a preguntarnos si es esta una función que propiamente corresponda a los poderes públicos en el Estado constitucional, un interrogante que, al menos en el plano teórico, se antoja tanto más pertinente cuanto que la jurisprudencia constitucional, al fijar las bases del

creencias, cualquiera que sea su naturaleza. Sobre esta cuestión puede verse, más ampliamente, mi trabajo «El significado constitucional de la libertad religiosa», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 13 (2013). También publicado en *Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español*, Barcelona, 2014.

significado que ha de concederse al principio de aconfesionalidad en la Carta Magna, ha declarado taxativa que este principio supone la prohibición de confundir las funciones civiles y las religiosas e implica la radical incompetencia de los poderes públicos en cuanto al acto de fe y la consiguiente prohibición de concurrencia del Estado en sociedad, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso (STC 24/1982), todo lo cual parece contraponerse a la idea de una norma mediante la que el ordenamiento estatal determine lo que es y lo que no es la religión.

Ante un interrogante en alguna medida similar, dicho sea de paso, se situaba no hace muchos años el Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso *Hodkin*¹⁴, y en esta ocasión esa Corte declaró que no es función del Estado entrar a valorar si una determinada creencia debe ser considerada o no una creencia cristiana a riesgo de incurrir, dijo textualmente, en disquisiciones de carácter más bien teológico que no se corresponden con las funciones que el ordenamiento inglés atribuye a los poderes públicos —un criterio que parece extensible más ampliamente a la valoración de si una creencia es o no religiosa—. En cierto modo en descargo de nuestro legislador de desarrollo quizás habría que señalar que, si bien se mira, fue el propio constituyente el que, en el artículo 16.3, de alguna manera estimuló o prestó un cierto respaldo a la idea de que es legítimo, por parte del Estado, acotar y reservar algún tipo de tratamiento jurídico diferenciado para las conductas realizadas con finalidad religiosa, pues la referencia constitucional en esa norma a la obligación de tener en cuenta las creencias religiosas, y no otras —puesto que se trataba en el fondo de dar cobertura inicialmente a los acuerdos con la Iglesia católica y, exigencias de la igualdad, eventualmente a los suscritos con otras confesiones—, parecía ya entonces prefigurar una cierta percepción diferenciada de ese ámbito objetivo, y a ello en efecto se han acogido algunos autores para justificar el entendimiento de la libertad religiosa como un derecho especial en la Constitución¹⁵. Aun así, oca-

¹⁴ La sentencia fue dictada el 11 de diciembre de 2013 en el conocido como caso *Hodkin* (*R (on the application of Hodkin and another) (Appellants) v Registrar General of Births, Deaths and Marriages (Respondent)* [2013] UKSC 77). Para un análisis crítico de esta importante resolución puede verse, por todos, R. SANDBERG, «Defining the Divine», en *Ecclesiastical Law Journal*, 16 (2014).

¹⁵ Así por ejemplo ha sostenido J. M. Porrás que, si el constituyente instó a los poderes públicos a tener en cuenta específicamente las creencias religiosas en el marco de la cooperación con las confesiones, esto ha de significar que las convicciones de esa naturaleza son merecedoras en nuestro ordenamiento jurídico de un tratamiento especial y son, en definitiva, objeto de un derecho especial como es la libertad religiosa (Cfr. J. M. PORRAS, *Libertad religiosa, laicidad y cooperación...*, *op. cit.*, p. 15). Esta sería también la razón por la que se ha propugnado la «articulación de un concepto jurídico (secularizado) de religión [*concepto laico de religión*, se dice también más adelante], tanto más inexcusable cuanto más relevancia alcance en el ordenamiento de que se trate el

sionalmente se ha podido percibir en el artículo 3.2 de la LOLR una cierta incompatibilidad con el significado del principio de aconfesionalidad en tanto que este último se opondría a la determinación estatal del ámbito de lo religioso —se ha hablado de ese precepto como una muestra de jurisdiccionalismo impropia de un ordenamiento que aspire a una adecuada tutela de los derechos y libertades¹⁶—, y, asimismo, empleando un razonamiento en el fondo muy parecido al que llevó a rechazar la idea del *Estado teólogo* en el caso *Hodkin*, también entre nosotros se ha puesto en cuestión lo que en última instancia representa el enunciado del segundo inciso del artículo 16.3, introducido forzosamente en el texto constitucional por los motivos ya apuntados, en tanto que obliga a los poderes públicos a realizar un ejercicio de sociología religiosa dudosamente compatible, por las mismas razones, con aquel significado del principio de aconfesionalidad¹⁷; según esto podríamos hablar aquí, similarmente, de una suerte de *Estado sociólogo de la religión*.

En todo caso, este tipo de consideraciones relacionadas con la concepción legal de la libertad religiosa como una libertad especial no puede decirse que hayan tenido realmente una repercusión significativa en el terreno de la aplicación de la LOLR, lo que acaso sea imputable al hecho de que esta ley, al enunciar el conjunto de aspectos que integran el contenido esencial del derecho regulado, por lo general se limita a reiterar una serie de facultades que forman ya parte del régimen común de derechos fundamentales y libertades públicas en nuestro ordenamiento y, por lo tanto, en última instancia se trata de una norma que poco o nada añade a lo ya previsto en esa legislación general¹⁸; por solo poner dos ejemplos de lo que acaba de señalarse, es evidente que cuando la LOLR proclama el derecho a expresar y difundir libremente las creencias religiosas (art. 2.1.a)) no está protegiendo una conducta que no estuviese ya amparada por el artículo 20 de la Constitución, directa e inmediatamente aplicable este a dicha conducta sin necesidad de la interposición legislativa, y es también manifiesto que cuando aquella ley regula supuestamente de manera especial las reuniones realizadas con finalidad religiosa lo hace, sin embargo, remitiéndose expresamente a lo previsto en la legislación general y sin contemplar especiali-

principio de cooperación con las Iglesias y confesiones» (A. LÓPEZ CASTILLO, *La Libertad Religiosa en la Jurisprudencia Constitucional*, Cizur Menor, 2002, Pág. 42).

¹⁶ Cfr. I. C. IBÁN, «El contenido de la libertad religiosa», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, I (1985), pp. 354-55.

¹⁷ Cfr. J. A. SOUTO, «Veinticinco años de cuestión religiosa y su solución constitucional», en *Revista de Derecho Político*, 58-59 (2003-2004), pp. 184-85.

¹⁸ En este sentido, entre otros, J. A. SOUTO, *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, Madrid, 1995, p. 103.

dad alguna a este respecto (art. 2.1.d)), de manera que estas reuniones religiosas están en última instancia sometidas a lo estipulado en la Ley Orgánica 9/1983 reguladora del derecho de reunión, básicamente en las mismas condiciones en las que lo están las reuniones de otra naturaleza. La única significativa excepción a este carácter esencialmente redundante de la ley de libertad religiosa, como después veremos, la constituye aquello que la ley proclama respecto de una de las facetas del ejercicio colectivo del derecho, más concretamente, respecto del estatuto de las confesiones religiosas.

Así pues, en primer lugar hay que hacer notar que la LOLR operó el desarrollo del derecho que constituye su objeto en estricta correspondencia, como no podría ser de otra forma, con la naturaleza jurídica que cabe atribuir al contenido del artículo 16 de la Constitución, esto es, como un derecho de libertad al que, como a cualquier otro de los que enuncia nuestra *lex normarum*, no le es ajena una cierta faceta o dimensión prestacional a consecuencia de lo estipulado en el artículo 9.2 CE, tal y como se refleja claramente en el artículo 2.3 de la ley de libertad religiosa¹⁹; llamar la atención sobre este aspecto pudiera tal vez parecerle una obviedad al no iniciado pero, sin embargo, conviene hacerlo así e incidir ahora en esta idea habida cuenta de que, al menos a mi juicio, algunas de las principales disfunciones que se detectan en nuestro sistema de relaciones Iglesia-Estado provienen, precisamente, de la constatación de que la libertad religiosa no ha tenido en todos los casos, como debiera, un desarrollo acorde a esa naturaleza, y concretamente en el supuesto de los acuerdos con la Santa Sede ha sido en algunos aspectos regulada como si por el contrario se tratara de un derecho de prestación en sentido estricto²⁰. Asimismo, el legislador de la libertad religiosa fijó los límites del ejercicio del derecho concretando los que a su vez había establecido el constituyente en salvaguarda del orden público protegido por la ley²¹, aunque debe advertirse que el modo en el que se verificó esa concreción legislativa ha sido también objeto de algunas críticas

¹⁹ Esta última norma señala que, «para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

²⁰ Desde una perspectiva general un análisis de esta cuestión puede verse, por ejemplo, en mi trabajo «En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución española», en *Revista de Estudios Políticos*, 129 (2005).

²¹ Según dispone el artículo 3.1 LOLR, «el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

doctrinales fundamentalmente centradas en la idea de que el enunciado legal, en este punto, pudiera no estar en consonancia con el significado que cabe atribuir aquí a la norma constitucional interpretada esta de conformidad con lo establecido en los textos internacionales y, especialmente, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos²².

Ello aparte, como anticipaba, un análisis en profundidad de su contenido revela que es en una de las vertientes del ejercicio colectivo del derecho, concretamente en la que concierne al estatuto de las confesiones religiosas, donde verdaderamente reside el carácter de la LOLR como una ley especialmente destinada a tutelar la libre manifestación de las conductas llevadas a cabo con finalidad religiosa. En este sentido el artículo 2.1.d), a propósito de la regulación de esa vertiente de ejercicio colectivo, se remite explícitamente a lo previsto en la legislación general y lo estipulado en la propia LOLR, pero mientras que en el caso de las reuniones religiosas no hay nada en esta última norma que modifique o exceptúe lo generalmente contemplado en el régimen común del derecho de reunión, no ocurre lo mismo respecto del derecho a asociarse para desarrollar comunitariamente sus fines religiosos al que también alude aquel precepto, pues en este caso la ley de libertad religiosa contempla, en sus artículos 5 y siguientes, un estatuto especial que gira en torno a la instauración del Registro de Entidades Religiosas (en adelante también RER).

El acceso a dicho Registro especial depende, además del cumplimiento de una serie de exigencias de orden formal que no plantean especiales dificultades en su verificación administrativa (datos de identificación, régimen de funcionamiento, etc.), también del requisito de la expresión de sus fines religiosos por parte de la entidad solicitante, lo que ha conllevado que, así como en relación con las facultades de ejercicio individual este aspecto no haya supuesto en la práctica un verdadero problema —puesto que las conductas religiosas individuales se someten al régimen común de derechos y libertades y carecen realmente de un estatuto propio y distintivo parece lógico que haya sido así—, por el contrario en el tema de la inscripción en el RER este ha sido sin duda el punto más controvertido.

Con todo, un examen global del tratamiento que ha merecido en nuestro ordenamiento esta cuestión central revela que la polémica suscitada en torno al requisito de los fines religiosos en el acceso al RER no ha solido relacionarse

²² Me he ocupado de este tema, más ampliamente, en «Libertad de creencias y orden público en la Constitución española: claves de interpretación», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 16 (2012). También publicado en *Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español*, Barcelona, 2014.

con el problema, antes mencionado, acerca de si esa valoración administrativa sobre la naturaleza de los fines de la entidad solicitante —el frecuentemente llamado *control estatal de religiosidad*— es o no en sí misma acorde al principio de aconfesionalidad, sino que más bien se ha desenvuelto en el terreno del debate acerca de la naturaleza jurídica de las confesiones religiosas como categoría especial acuñada por el ordenamiento estatal, es decir, ha estado relacionada no tanto con la discusión acerca de si el Estado puede o no determinar qué es la religión —pues de hecho ya lo hace en el artículo 3.2 LOLR—, como con la que atañe a si la Administración puede o no verificar materialmente que los fines de la entidad solicitante son en efecto fines religiosos: la disyuntiva a dilucidar en este ámbito ha sido, por tanto, la de si procede realizar aquí un acto de calificación o, por el contrario, de mera constatación formal en el procedimiento de acceso al RER.

A este respecto, un extenso sector de la doctrina científica ha venido sosteniendo que las confesiones religiosas son, desde la perspectiva del Derecho del Estado, propiamente instituciones —encarnan, se dice a menudo, una tercera dimensión de la libertad religiosa junto a las vertientes de ejercicio individual y colectivo, la dimensión institucional—, al tiempo que otro amplio grupo de autores ha venido considerando que las confesiones, pese a no carecer de naturaleza esencialmente asociativa, son asociaciones especiales reguladas exclusivamente por la LOLR a partir de lo establecido en el artículo 16 de la Constitución y a las que, según suele argumentarse, no les resultaría de aplicación ni lo establecido en el artículo 22 CE ni aquello que en su desarrollo directo establece la Ley Orgánica del Derecho de Asociación (LODA). Frente a este tipo de planteamientos otros autores —entre los que modestamente me cuento—, defendiendo una posición que sin duda es actualmente minoritaria entre nosotros, han postulado que las confesiones religiosas han de ser concebidas, siempre desde la óptica del ordenamiento estatal, como asociaciones de relevancia constitucional sometidas de pleno a la llamada garantía común asociativa consagrada en el artículo 22 de la ley de leyes y, a consecuencia de ello, amparadas como cualquier otra asociación por la salvaguarda según la cual la satisfacción de la carga de la inscripción registral lo ha de ser a los solos efectos de publicidad (*ex art. 22.3 CE*), y nunca a los efectos de un control material o de fondo sobre los fines de la asociación como el que, desde muy temprano, se ha venido llevando a cabo por parte de la Administración en el trámite de acceso al RER²³.

²³ Un muy extenso estudio de toda esta cuestión, con las pertinentes referencias bibliográficas a las posiciones sostenidas en uno u otro sentido, en mi libro *La naturaleza jurídica de las confesiones religiosas en el Derecho Constitucional español*, Málaga, 2008.

En todo caso, justo es reconocer que tanto el Tribunal Constitucional cuando por fin tuvo ocasión de pronunciarse sobre este tema (STC 46/2001) como, ulteriormente, el legislador del derecho de asociación han afrontado ambos esta materia de un modo particularmente inconsistente, incurriendo en ciertas contradicciones que, en mi criterio, lejos de contribuir al adecuado esclarecimiento de la verdadera posición y naturaleza jurídica de las confesiones en nuestro ordenamiento han generado más bien nuevas dudas e interrogantes que, al cabo, no han hecho sino enturbiar aún más todo este asunto; se ha dicho, a este respecto, que el carácter no conclusivo de los datos normativos y jurisprudenciales que ha de manejar aquí el intérprete es lo que ha posibilitado una discusión científica como la que hemos conocido²⁴, y, particularmente, estimo que en efecto ello ha sido así, aunque quizás yo lo expresaría de un modo algo menos indulgente para con una doctrina del Tribunal Constitucional que, más que no conclusiva, considero confusa e internamente contradictoria así como para con unas normas que en la LODA resultan en ocasiones igualmente contradictorias y antinómicas incluso en el propio contexto interno de esta ley²⁵. Seguramente no es esta la sede adecuada para entrar en mayores honduras pero, por vía de ejemplo, con solo enunciar una de las principales conclusiones que cabe extraer de la precitada sentencia del Tribunal Constitucional, el lector no iniciado podrá hacerse una idea fiel de la exactitud del fenómeno que acabo de relatar acerca del panorama jurídico tan borroso y, por momentos, desconcertante, con el que venimos teniendo que operar en la elaboración dogmática quienes nos dedicamos primordialmente a estas cuestiones, pues esa conclusión no es otra que la siguiente: en el trámite de acceso al RER la Administración solo puede realizar un acto de mera constatación, que no de calificación de los fines de la entidad solicitante —afirma textual y categóricamente la sentencia—, pero, a renglón seguido y quien sabe si a causa de haber sentido repentinamente un cierto *horror vacui* ante la conciencia de haber podido con ello privar de todo sentido a la propia existencia del RER como un Registro especial, solo de entidades religiosas²⁶, el Tribu-

²⁴ Cfr. R. PALOMINO, «Iglesias, confesiones y comunidades religiosas: el concepto legal de confesión religiosa en la LOLR y la doctrina», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19 (2009), p. 5.

²⁵ He desarrollado mis planteamientos críticos a este respecto, por ejemplo, en «De nuevo sobre la naturaleza jurídica de las confesiones religiosas y su discutida relación con la garantía común asociativa en el Derecho español», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 21 (2009), así como, más recientemente, en «Notas sobre el estatuto de las confesiones religiosas en la Ley Orgánica del Derecho de Asociación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97 (2013).

²⁶ A ello en cierto modo se refería M. J. Roca, ya antes de dictarse la sentencia, al sugerir que la eventual imposibilidad de realizar un control material de religiosidad podría poner en cuestión

nal añade que lo que sin embargo sí puede, es más, debe hacer aquí la Administración es comprobar que los fines que esgrime la entidad que aspira a acceder al Registro son en efecto religiosos, al no encontrarse entre aquellos que la LOLR excluye de su ámbito de aplicación en el artículo 3.2, es decir —aunque esto obviamente ya no lo reconoce así el Tribunal— un acto que paradójicamente solo puede ser considerado como netamente calificador²⁷. Se comprende así que el nuevo reglamento del RER recientemente promulgado²⁸ en lo esencial haya dejado las cosas, al menos en este aspecto concreto, como estaban y continúe propiciando, por parte del encargado del Registro, una valoración material de los fines religiosos de la entidad solicitante al contraste con el precepto legal que acaba de señalarse, tal y como venía aconteciendo antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre este tema.

4. CONSTITUCIÓN Y ACUERDOS DEL ESTADO CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

Desde una perspectiva teórica, en puridad el mandato cooperador contenido en el segundo inciso del artículo 16.3 CE no implicaba necesariamente la celebración de acuerdos con las confesiones religiosas, pues es obvio que la cooperación puede verificarse también a través de otros cauces, pero tampoco aquí puede desconocerse que, en realidad, fue la existencia previa de las negociaciones concordatarias con la Santa Sede la que determinó el enunciado de aquella norma iusfundamental y no a la inversa, de manera que, una vez adoptado el mecanismo de los pactos como eje de las relaciones con la Iglesia católica también en el nuevo sistema parecía obligado, por exigencias del principio de igualdad, abrir esa misma vía para las restantes confesiones, y ello se produjo en el artículo 7.1 de la ley de libertad religiosa bajo la doble premisa de que aquellas confesiones que desearan alcanzar un acuerdo de cooperación habrían de estar inscritas en

la necesidad de seguir manteniendo un Registro que, decía textualmente, no pretende garantizar ni puede controlar (Cfr. M. J. ROCA, «La interpretación del concepto «fines religiosos» y la discrecionalidad administrativa», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XIV (1998), p. 495).

²⁷ Esta paradoja ha sido agudamente denunciada, entre otros, por A. FERNÁNDEZ-CORONADO, «Reflexiones en torno a la función del Registro de Entidades Religiosas. (A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2007 sobre inscripción de la Iglesia de la Scientology)», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 7 (2007), p. 400 y J. A. SOUTO, «El Estatuto jurídico de las confesiones religiosas», en J. FERREIRO (Coord.), *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, Madrid, 2008, p. 303.

²⁸ Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas.

el RER y, asimismo, deberían haber obtenido la declaración administrativa del notorio arraigo²⁹.

Este último reconocimiento se concede tras emitir informe la Comisión Asesora de Libertad Religiosa creada en el Ministerio de Justicia, a la que la LOLR atribuye las funciones de estudio, informe y propuesta de todas las cuestiones relativas a la aplicación de la ley así como la intervención preceptiva en la preparación y dictamen de los acuerdos de cooperación con las confesiones³⁰. El del notorio arraigo, por lo demás, visiblemente no deja de ser un concepto indeterminado para cuya concreción la ley no ofrece sino dos indicadores, el ámbito y el número de creyentes, a su vez legalmente enunciados de un modo no menos indeterminado, y por esta razón esa noción ha venido siendo objeto de algunas fundadas críticas en sede doctrinal basadas tanto en la falta de unos parámetros objetivos más precisos con los que emitir la declaración administrativa del notorio arraigo con un menor margen de discrecionalidad y consiguientemente con una mayor seguridad jurídica como, asimismo, en la ausencia también de un específico procedimiento legalmente instaurado para la concesión de dicha declaración; el que estas críticas no carecían de fundamento lo demuestra el hecho de que, recientemente, se haya promulgado una nueva reglamentación sobre este asunto con el reconocido propósito de favorecer una mayor certeza y disminuir el margen de discrecionalidad del que hasta ahora disponía la Administración en esta materia³¹.

Con estas premisas y tras un laborioso y a menudo arduo proceso de negociación³² fueron firmados, en 1992, los tres acuerdos de cooperación hasta ahora

²⁹ Según dispone esta norma «el Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales».

³⁰ Cfr. artículo 8 LOLR; actualmente este organismo se rige reglamentariamente por lo estipulado en el Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

³¹ Se trata del RD 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España, en cuyo Preámbulo se afirma significativamente, respecto de las objeciones antes señaladas, que «a esta cuestión intenta responder la regulación contenida en este real decreto estableciendo unos requisitos precisos para obtener la declaración de notorio arraigo en España y un procedimiento público con todas las garantías, con lo que se reduce el margen de la discrecionalidad de la Administración y se aumenta el grado de certidumbre de los solicitantes de esta declaración».

³² Para una minuciosa y reveladora exposición del desarrollo y las principales claves de ese proceso puede verse, por todos, A. FERNÁNDEZ-CORONADO, *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación (Los pactos con las confesiones, leyes 24, 25 y 26 de 1992)*, Madrid, 1995.

vigentes con las llamadas confesiones minoritarias, concretamente con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), con la Federación de Comunidades Israelitas (FCI) —cuya denominación ha pasado a ser, desde la reciente aprobación en 2015 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la de Federación de Comunidades Judías de España— y con la Comisión Islámica de España (CIE)³³.

Un examen global del contenido de estos pactos permite detectar en ellos, entre otros, dos rasgos caracterizadores que conviene ahora sumariamente destacar.

En primer lugar, hay que hacer mención a la ostensible uniformidad que se aprecia entre todos ellos, pues son objeto de normación prácticamente las mismas materias y, lo que es más llamativo, estas por lo general son reguladas de un modo extraordinariamente semejante y con muy escasas diferencias atinentes además, por lo común, a aspectos muy colaterales o que en cierto modo podríamos considerar de orden menor, a lo que hay que añadir que en gran medida estos acuerdos se limitan a reiterar una serie de derechos y facultades que en lo esencial formaban ya parte integrante de la ley de libertad religiosa³⁴. Esta característica posiblemente nos debería inducir a pensar, como se ha llegado a sugerir, que en realidad, más allá de las apariencias, en buena medida nos encontramos aquí en presencia de una suerte de contratos de adhesión o, por decirlo de otro modo, de cartas otorgadas³⁵, pues de entrada resultaría un tanto ingenuo creer que de las negociaciones con tres religiones tan distintas entre sí y, por lo tanto, en principio con diferentes necesidades y peculiaridades propias a las que atender, pueden surgir tres acuerdos tan ostensiblemente parecidos tanto en el fondo como, incluso, en la forma —se regulan las mismas materias en los mismos artículos, lo que, en el contexto de lo que estoy señalando, seguramente no sea un detalle tan anecdótico como tal vez pudiera parecer—.

Mi particular percepción de este asunto es la de que, en efecto, todo apunta a que los poderes públicos, dotando a estas religiones minoritarias de un estatuto pactado sobre algunas de las materias de interés común tal y como habían hecho previamente respecto de la Iglesia católica, pretendieron fundamental-

³³ Se trata de los acuerdos aprobados, respectivamente, por las leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre.

³⁴ En este sentido, por ejemplo, J. MANTECÓN, *Los acuerdos del Estado con las confesiones acatólicas*, Jaén, 1995, p. 80; J. A. SOUTO, «Análisis crítico de la Ley de libertad religiosa», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n.º 0 (2000), p. 58.

³⁵ Cfr. J. FERRER, «Una aproximación a las normas negociadas en el Derecho Eclesiástico español», en V. REINA y M. A. FÉLIX (Coords.), *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias*, Madrid, 1996, p. 403.

mente dar la imagen de que la política eclesiástica del Estado se orientaba, como era constitucionalmente exigible, hacia la satisfacción del principio de igualdad, pero el hecho de que los acuerdos de 1992 sean tan extraordinariamente parecidos entre sí no deja de ser un síntoma de que, en realidad, esa preocupación por garantizar el valor de la igualdad tenía un más limitado alcance y se reducía, en buena medida, a lograr que también las confesiones minoritarias disfrutasen de un estatuto acordado con independencia de cual fuese finalmente el contenido material de dicho estatuto. Da la impresión, o al menos así lo entiendo, de que en este contexto vinculado a la reflexión sobre el principio de igualdad, la efectiva participación también de estas confesiones en la elaboración de la normativa que les iba a ser de especial aplicación no solo constituía un fin en sí mismo sino que, incluso, podría decirse que representaba el fin primordial, y de ahí la resultante de unos pactos que, además de bastante uniformes entre sí, presentan notables diferencias sustanciales con el bloque normativo acordado con la Santa Sede y carecen de la mayor parte de los beneficios —privilegios más bien— que se detectan en este último. Si acaso este diagnóstico no estuviese muy desencaminado, como tal vez lo esté, habría entonces que concluir que, en efecto, las confesiones minoritarias presumiblemente hubieron de ceder en algunas de sus pretensiones ante la certeza de que lo que finalmente se pactó era lo único que el Estado estaba dispuesto a ofrecer, y lo cierto es que esta percepción se ha visto en algún sentido ulteriormente refrendada en aquellas ocasiones en las que se ha reivindicado, por parte de las propias confesiones firmantes, algún tipo de disminución o de supresión de las desigualdades existentes respecto del régimen acordado con la Iglesia católica, como recientemente ha vuelto a ser el caso de la solicitud, por parte de la FEREDE, del acceso al sistema de la asignación tributaria apelando, precisamente, a la vulneración en este supuesto del principio de no discriminación; esta pretensión, dicho sea de paso, ha sido desestimada judicialmente³⁶, pero es obvio que lo indiciariamente relevante aquí, desde la perspectiva a la que acabo de referirme, es que fuese la misma entidad religiosa que firmó el acuerdo de cooperación la que ulteriormente haya sostenido que ese acuerdo vulnera el mencionado principio constitucional.

En segundo término y enlazando con estas últimas apreciaciones, en el examen general de los acuerdos de 1992 es especialmente reseñable el dato de que la regulación de las diversas facetas de la libertad religiosa que se ven aquí concernidas se verifica en ellos conforme a la naturaleza jurídica de este derecho

³⁶ Al respecto puede verse mi trabajo «La financiación pública de las confesiones religiosas y el principio de igualdad. A propósito de la STS de 14 de diciembre de 2016», en *Revista de Administración Pública*, 203 (2017).

fundamental en la Constitución, esto es, empleando las técnicas normativas que son propias del desarrollo de un derecho de libertad, lo que se traduce, consecuentemente, en la general ausencia en estos textos pactados del contenido prestacional que caracteriza sin embargo al régimen concordatario del que goza entre nosotros la Iglesia católica.

Así, tratándose de materias tales como la enseñanza o la asistencia religiosas en centros públicos, en los acuerdos con las confesiones minoritarias se ha optado básicamente por la articulación de los llamados sistemas de libre acceso —o en su caso de libre salida—, con los que los poderes públicos se limitan a facilitar o favorecer el ejercicio eficaz del derecho permitiendo el acceso al centro en cuestión de un ministro de culto de estas religiones, pero sin asumir directamente la realización de las prestaciones que constituyen el objeto de la libertad religiosa ni en estas ni en las restantes facetas que integran su contenido, a diferencia de lo que sucede en los acuerdos concordatarios con la Santa Sede —y en las disposiciones que los desarrollan—, allí donde, por el contrario, el Estado asume la realización de las prestaciones de asistencia religiosa o de enseñanza de la religión católica en centros públicos mediante la financiación directa de su coste económico³⁷.

Es más, lo cierto es que los poderes públicos han ido mucho más allá en la concepción legislativa de la libertad religiosa como un derecho de prestación en los acuerdos con la Santa Sede hasta el punto de que, además de la financiación de esas concretas áreas de actividad, el Estado ya asumió inicialmente en el correspondiente texto acordado la garantía del adecuado sostenimiento económico de la Iglesia, manteniendo en un primer momento, con carácter transitorio, el modelo precedente de la dotación presupuestaria y sustituyéndolo después por el sistema de la asignación tributaria actualmente en vigor, que sigue constituyendo en sí mismo, pese a las evidentes diferencias con el procedimiento anterior, una herramienta que lo es de financiación pública directa y de la que solo se beneficia esta religión. Aunque un extenso sector doctrinal ha defendido la validez y pertinencia de esta situación en nuestro ordenamiento constitucional, a juicio de otros autores, que particularmente considero más acertado, estas diferentes vías de financiación pública directa no solo no pueden ser concebidas en modo alguno como una exigencia iusfundamental en la medida en la que el artículo 16 CE es inequívocamente portador de un derecho de libertad sino que, además, su implementación representa una subvención pública de actividades

³⁷ En relación con la enseñanza religiosa me he ocupado de analizar este fenómeno, por ejemplo, en «La enseñanza de la religión en la escuela pública: fundamento constitucional y desarrollo normativo» en *Revista General de Derecho Administrativo*, 33 (2013).

de naturaleza netamente religiosa que, según cabe entender, se opone al significado atribuido por la jurisprudencia constitucional al principio de aconfesionalidad —como por cierto paradójicamente ha llegado a reconocer en alguna ocasión la propia Administración³⁸—, con el agravante todo ello de que, puesto que esa conversión aquí de la libertad religiosa en un derecho de prestación en sentido estricto en el plano legislativo acontece únicamente respecto de los ciudadanos que profesan una determinada religión, asimismo estaría viéndose con ello seriamente comprometida la vigencia del principio de igualdad y no discriminación³⁹.

Adicionalmente a lo que acaba de señalarse se ha de hacer notar que en el régimen concordatario aplicable a la Iglesia católica, así como en otras disposiciones unilaterales del Estado, existen también privilegios de otra índole —es decir no estrictamente vinculados a esa opción por el desarrollo de la libertad religiosa como si se tratase de un derecho de prestación *stricto sensu*— que asimismo carecen de parangón en el contexto de los acuerdos con las confesiones minoritarias; así acontece por ejemplo en el terreno del sistema matrimonial, en el que la forma canónica de celebración conyugal se ve especialmente favorecida por ciertas beneficiosas peculiaridades⁴⁰.

Todo esto conforma en nuestro ordenamiento un panorama normativo en materia de relaciones Iglesia-Estado caracterizado en esencia, objetivamente, por una notable desigualdad, detectándose diversos regímenes más o menos beneficiosos o, si se quiere, privilegiados aplicables a las distintas confesiones

³⁸ Así por ejemplo en la Memoria de actividades del año 2005 de la *Fundación Pluralismo y Convivencia*, entidad del sector público estatal creada con el declarado propósito de contribuir a la disminución de las desigualdades en esta materia, se menciona reveladoramente la razón por la cual estatutariamente los fondos de esta Fundación podrán destinarse a sufragar el coste de actividades culturales, educativas o de integración social de las confesiones minoritarias pero, en ningún caso, a financiar actividades propiamente de naturaleza religiosa: «parece lógico que el Estado español en tanto que laico, con una laicidad positiva, no contribuya a financiar el culto, pero nada impide su apoyo a actividades de interés general que sean desarrolladas por las confesiones minoritarias». Al Estado, sin embargo, paradójicamente no parece haberle suscitado similares recelos su inequívoca contribución a financiar el culto católico al contraste con esa misma laicidad.

³⁹ De todo ello me he ocupado, analizando el significado y alcance de unos y otros planteamientos, en «Reflexiones sobre el fundamento constitucional de la financiación pública de las confesiones religiosas», en *Revista General de Derecho Constitucional*, 18 (2014).

⁴⁰ Para un extenso análisis de esta cuestión, incluyendo la exposición de los más recientes cambios legislativos habidos en esta materia, puede verse mi trabajo «Las modificaciones en las formas civil y religiosa de celebración conyugal introducidas por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria», en M. T. ARECES (Coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción Voluntaria*, Cizur Menor, 2016.

—y por tanto, en última instancia, a los individuos que las profesan— en función básicamente de su mayor o menor arraigo sociológico entre nosotros. Esta heterogeneidad normativa, en la que resulta muy eminente el tratamiento particularmente privilegiado que recibe en diversos aspectos la que antaño fuese la religión oficial del Estado, es por lo demás característica de los países de tradición concordataria en nuestro entorno geográfico y cultural, como asimismo lo es, aunque se manifieste de modos diferentes, de aquellos otros países históricamente marcados por el principio de confesionalidad pero en este caso protestante, en los que la religión oficial o las religiones tradicionalmente preponderantes a menudo reciben también algún tipo de tratamiento jurídico más beneficioso.

En ambos modelos, este panorama legislativo tan marcadamente desigual ha venido siendo objeto tanto de justificaciones como de críticas por parte de la doctrina científica y, más ampliamente, de otros operadores jurídicos.

En el supuesto de los países de tradición protestante, un buen ejemplo de ello lo constituye el interesantísimo debate que, particularmente estimulado por las consecuencias de la incorporación a este ordenamiento del CEDH como elemento de interpretación a raíz a su vez de la aprobación de la *Human Rights Act 1998*, viene teniendo lugar en Inglaterra acerca de las consecuencias jurídicas que en ese país produce, actualmente, el todavía reinante —y acaso ello nunca mejor dicho— principio de la confesionalidad anglicana del Estado, ya que mientras algunos autores estiman que esas consecuencias son más bien de orden simbólico y carecen realmente de una repercusión sustantiva relevante en el terreno de la adecuada garantía de la libertad e igualdad religiosas⁴¹ o, incluso, le atribuyen a esa confesionalidad ciertas virtudes beneficiosas para el pluralismo religioso⁴², otros, por el contrario, han subrayado que esto dista mucho de ser así y que esa identificación estatal con la religión anglicana produce, al cabo, efectos claramente discriminatorios en no pocas facetas del ejercicio de la libertad religiosa individual⁴³, tal y como de hecho llegó a sugerir en 2001 un informe

⁴¹ Así por ejemplo, R. TRIGG, *Religion in Public Life: Must Faith Be Privatized?*, Oxford, 2007, p. 27.

⁴² Paradigmática en este sentido, sin duda, la posición de M. HILL, «Church and State in the United Kingdom: Anachronism or Microcosm?», en S. FERRARI y R. CRISTOFORI (Eds.), *Law and Religion in the 21st Century. Relations between States and Religious Communities*, Surrey, 2010.

⁴³ En este sentido, entre otros, P. WELLER, «Equity, Inclusivity and Participation in a Plural Society: Challenging the Establishment of the Church of England», en P. W. EDGE y G. HARVEY (Eds.), *Law and Religion in Contemporary Society. Communities, individualism and the State*, Aldershot, 2000; K. O'HALLORAN, *The Church of England-Charity Law and Human Rights*, Cham, 2014, pp. 189 y sigs.

promovido por el propio *Home Office* en el que, abiertamente, se afirmó que la confesionalidad anglicana estaba sin duda produciendo una efectiva discriminación en este ámbito (*religious disadvantage*) para las restantes confesiones religiosas.

En el caso de nuestro país, todas estas desigualdades en el tratamiento jurídico de unas u otras confesiones y especialmente las que benefician a la Iglesia católica, paralelamente, han sido también objeto de fuertes críticas por parte de algunos autores al contraste con el principio constitucional de no discriminación, mientras que, por el contrario, se han visto defendidas y justificadas por otro muy extenso sector doctrinal. En este último supuesto, relatado ello ahora muy resumidamente, con ese propósito justificador se ha recurrido frecuentemente a ciertas nociones que han hecho especial fortuna, de manera singular, entre la doctrina eclesiasticista, tales como la del llamado «paradigma extensivo» o la de la también denominada «igualdad de proporcionalidad», en cuya virtud el principio de igualdad tendría supuestamente en esta materia un significado propio y distinto del generalmente predicable del artículo 14 CE, lo que, en esencia, permitiría modular su alcance en función de la mayor o menor presencia sociológica entre nosotros de la religión de que se trate y, por supuesto, avalaría constitucionalmente el «tratamiento específico», que no privilegiado, del que es objeto concordatariamente la Iglesia católica en nuestro ordenamiento para quienes adoptan esta posición⁴⁴; ocasionalmente se ha incidido también, con ese mismo propósito justificador, en el carácter de tratado internacional que revisten los acuerdos con la Santa Sede, en la suposición de que de dicho carácter cabría deducir algún tipo de prevalencia sobre la legislación dictada en desarrollo directo del artículo 16 CE o, se ha llegado a sostener incluso, algún tipo de inmunidad frente a un hipotético control de constitucionalidad de las disposiciones acordadas⁴⁵.

⁴⁴ Por solo poner un ejemplo de este fenómeno, cabe aludir a la clásica formulación de la mencionada teoría del paradigma extensivo que, dicho sea de paso, en ningún momento ha dejado de parecerme sencillamente asombrosa: «de tanta libertad y de tanto reconocimiento jurídico de su especificidad diferencial como goce la Iglesia Católica —en estos momentos la de mayor arraigo y complejidad orgánica en la sociedad española—, de otro tanto pueden gozar el resto de las confesiones» (P. J. VILADRICH, «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español», en VV. AA., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1983, p. 235).

⁴⁵ Un análisis crítico de todas estas posiciones puede verse, por ejemplo, en mi trabajo «Apuntes sobre la posición de los acuerdos con la Iglesia católica en el sistema constitucional de derechos fundamentales», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 12 (2012). También publicado en *Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español*, Barcelona, 2014.

5. CONCLUSIONES: EL DEFICIENTE PROCESO DE DESCONFESIONALIZACIÓN DEL ESTADO ESPAÑOL Y LAS PROPUESTAS DE RECONSTRUCCIÓN DE TODO ESTE SECTOR NORMATIVO

Seguramente no sea exagerado afirmar que si en algún sector de nuestro ordenamiento constitucional, en su conformación original y en su posterior desarrollo, se deja sentir con particular intensidad eso que tópicamente podríamos llamar el peso de la historia, ese es sin duda el sector de las relaciones Iglesia-Estado.

En realidad ello fue siempre así, en mayor o menor medida, en nuestro constitucionalismo histórico ya desde sus albores y, si bien se mira y salvando las obvias distancias, las razones por las cuales en la Constitución gaditana se introdujo un precepto tan llamativo como lo fue su artículo 12 no difieren, en lo sustancial, de aquellas que permiten explicar la presencia en nuestra vigente Carta Magna del apartado tercero del artículo 16, dicho sea ello en el sentido de que fueron en ambos casos motivos claramente extrajurídicos, de mera conveniencia o, si se quiere, de prudencia política, los que explican la aparición de esas normas en la obra del constituyente, en los términos en los que esto ha quedado ya sucintamente descrito en estas páginas.

Cuando se produjo el advenimiento de la transición política a la democracia, los acuerdos concordatarios con la Santa Sede ya estaban siendo negociados en paralelo al desarrollo del proceso constituyente y eso no solo condicionó decisivamente la redacción final del artículo 16 CE sino que, asimismo, supuso que, cuando ulteriormente fue aprobada la ley de libertad religiosa en desarrollo de ese precepto, el grueso del régimen jurídico aplicable en España a la Iglesia católica —y por tanto a quienes profesan esta religión— estaba ya establecido por la vía acordada y no se vio por ello alterado en absoluto⁴⁶, razón por la cual se ha señalado que dicha ley puede ser virtualmente considerada como una norma básicamente prevista para las restantes confesiones, al haber quedado la religión católica en lo fundamental al margen de su ámbito de aplicación⁴⁷; desde una similar perspectiva se ha llegado incluso a sostener que, si bien no puede en rigor afirmarse que la Iglesia católica se sitúe en España al margen de

⁴⁶ En este sentido, J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho Eclesiástico español*, Madrid, 2005, p. 79.

⁴⁷ Así por ejemplo, D. BASTERRA, *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Madrid, 1989, p. 348; I. C. IBÁN, «Las confesiones religiosas», en VV. AA., *Curso de Derecho eclesiástico*, Madrid, 1991, p. 256.

la Constitución, lo que sí puede decirse es que se sitúa al margen de su legislación de desarrollo⁴⁸ —aunque si se afirma que una confesión está al margen de la legislación que opera el desarrollo directo de los derechos fundamentales, o al menos de uno de ellos, no parece exagerado postular que con ello, en cierto sentido, se está situando también al margen de la propia Constitución—. Es en este orden de consideraciones en el que cobra sentido la percepción, apuntada, como se vio, en sede doctrinal, a cuyo tenor a menudo da la impresión de que no son los acuerdos concordatarios los que están siendo interpretados conforme a la Constitución sino justamente a la inversa, un extravagante criterio hermenéutico que, por muy sorprendente que pueda tal vez parecer, ha sido ocasionalmente defendido entre nosotros en el plano doctrinal⁴⁹.

No son pocos los autores que, con unos u otros matices, han valorado positivamente la solución constitucional que se dio en 1978 a una tan espinosa cuestión que tradicionalmente había sido una continua fuente de conflictos, ponderando el tacto y la prudencia con los que el constituyente afrontó este complicado asunto en el marco del más amplio consenso que caracterizó a aquel trance histórico y constatando que, desde entonces, aquella solución ha dado paso a un período en el que a los ciudadanos se les ha garantizado adecuadamente el libre ejercicio de su religión en un contexto de creciente pluralismo religioso⁵⁰. A mi modo de ver, quienes así se pronuncian tienen indudablemente su buena parte de razón pues, en efecto, es mérito del constituyente haber sabido sortear los obstáculos que tan delicado asunto planteaba al mantenimiento del tan traído y llevado consenso constitucional, y de sobra son conocidas las disputas que se produjeron en las Cortes a propósito de la tramitación tanto del artículo 16 como de otros preceptos también concernientes a esta temática, con las que dicho consenso estuvo de hecho al borde de la ruptura en más de una ocasión.

⁴⁸ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, «El Derecho Eclesiástico de la década constitucional», *loc. cit.*, p. 105.

⁴⁹ Así por ejemplo se ha dicho que, «entre esos tratados internacionales a que alude el artículo 10, pueden considerarse incluidos los Acuerdos con la Santa Sede, lo que induce a interpretar en conformidad con ellos la regulación constitucional del derecho de libertad religiosa —cuando lo que se contempla es su dimensión colectiva—, en orden a precisar el sistema constitucional de relaciones institucionales con la Iglesia católica o a determinar los efectos jurídicos de la actuación de sus miembros» (J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Jerarquía y antinomias de las fuentes del nuevo Derecho Eclesiástico español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. III, 1987, p. 134).

⁵⁰ En este sentido, por ejemplo, se ha señalado que, en contraposición a las turbulencias que caracterizaron a nuestro constitucionalismo histórico en esta materia, la solución adoptada por la Constitución de 1978 ha supuesto una auténtica «desdramatización» del fenómeno religioso (Cfr. E. ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, I, Madrid, 2008, p. 408).

Sin embargo, lo cierto es que un juicio global de toda esta materia no estaría completo sin destacar que, precisamente a causa de lo extremadamente delicado de la cuestión y de la consiguiente actitud de prudencia y compromiso adoptada para afrontarla, la solución constitucional que acabó imponiéndose solo pudo alcanzarse pagando a cambio un alto precio, concretamente el precio de la pervivencia en el nuevo sistema de una notable discriminación en numerosos aspectos del ejercicio de la libertad religiosa, que trae causa de nuestro más reciente pasado como Nación católica y se expresa medularmente en un conjunto de privilegios jurídicos, originariamente consagrados en el Concordato franquista y en buena medida todavía hoy presentes en nuestro ordenamiento; pocas descripciones resumen este fenómeno tan gráfica y certeramente como la que realizó, en su día, C. Serrano al señalar que el proceso de sustitución del modelo de relaciones entre el Estado y la Iglesia católica introdujo «un elemento «perturbador» del desarrollo armónico de la Constitución en materia religiosa, al incrustarse en él unos Acuerdos que fueron gestados en el período preconstitucional y que responden al espíritu que imperaba durante el mismo; unos Acuerdos que pensados, fundamentalmente, para sustituir al Concordato, acomodándolo al nuevo estilo, explican muchos de los contenidos que en nuestro Ordenamiento aparecen respecto al factor religioso»⁵¹.

Transcurridas cuatro décadas de vigencia de nuestra *lex normarum*, parece ya llegado el tiempo de llevar a cabo, con serenidad y sin estridencias pero al mismo tiempo de manera decidida y apelando a los sólidos argumentos que, según estimo, juegan en su favor, la efectiva culminación de un proceso de «desconfesionalización» que, en cierto modo, no pudo verificarse adecuadamente o, en el mejor de los casos, quedó inconcluso en el momento de la instauración del vigente régimen constitucional merced a las coyunturales circunstancias impositivas que se han descrito.

Soy perfectamente consciente de que, en gran medida, los mismos óbices y condicionantes a los que hubieron de hacer frente los redactores de la Constitución siguen hoy constituyendo un problema en este terreno —creer lo contrario sería seguramente de una cierta ingenuidad—, y de nuevo el recurso comparativo a lo que viene sucediendo en el modelo inglés resulta particularmente iluminador, en el sentido de que algunos de los más perspicaces analistas del *Law and Religion* en ese país no solo han evidenciado claramente que la pervivencia en ese sistema de la posición privilegiada de la que, en muchos aspectos, disfrutaba la religión oficial es en la actualidad dudosamente compatible

⁵¹ C. SERRANO, «Los acuerdos del Estado español con las confesiones no católicas», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, IV (1988), p. 96.

con el principio de no discriminación consagrado en el CEDH y solo puede ya justificarse en función de razones políticas o de tradición histórica sino que, también, han incidido en la idea de que siguen siendo esas mismas razones las que explican la actual falta de un abordaje frontal de esta cuestión y de un intento serio de depurar el ordenamiento inglés en esta materia⁵²; pese a ello, como también se ha hecho notar, aunque es poco probable que a corto plazo la confesionalidad en Inglaterra pueda llegar a desaparecer habida cuenta de su gran arraigo histórico y de su naturaleza tan compleja y jurídicamente polifacética, parece en cualquier caso inevitable su evolución, con los cambios adaptativos que sea preciso llevar a cabo, ante todo tendente a disminuir los puntos de fricción que se aprecian respecto del marco normativo europeo en materia de derechos y libertades particularmente por lo que concierne al principio de igualdad y no discriminación⁵³. Da efectivamente la impresión de que, tanto ese diagnóstico de los obstáculos que siguen oponiéndose a la depuración del ordenamiento inglés en esta materia como, asimismo, ese pronóstico acerca de lo inevitable de esa depuración, resultan ambos perfectamente aplicables al modelo español de relaciones Iglesia-Estado.

Coincido por lo tanto con el planteamiento expuesto por G. Suárez Pertierra en el marco de uno de los análisis más lúcidos e incisivos que a mi juicio se han realizado en los últimos años sobre la evolución del Derecho Eclesiástico español bajo el actual régimen político, preconizando la necesidad de llevar a cabo una reinterpretación constitucional y una profunda reconstrucción de todo este sector de nuestro ordenamiento, libre al fin de ciertas hipotecas históricas y verdaderamente acorde, en todos sus extremos, al sentido de los principios y reglas constitucionales y particularmente al de los que conforman el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas⁵⁴.

⁵² Cfr. CH. SMITH, «A very English affair: establishment and human rights in an organic constitution», en P. CANE, C. EVANS y Z. ROBINSON (Eds.), *Law and Religion in Theoretical and Historical Context*, Cambridge, 2008.

⁵³ Cfr. R. SANDBERG, *Law and Religion*, Cambridge, 2011, pp. 69-70.

⁵⁴ Cfr. G. SUÁREZ PERTIERRA, «La recuperación del modelo constitucional. La cuestión religiosa a los veinticinco años de la Constitución», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 2 (2002). Hace ya algunos años, encontrándome entre el público asistente a la celebración de un concurso de acceso a una disputada plaza de catedrático de universidad, como todos los allí presentes pude escuchar, de boca de uno de los miembros de la comisión juzgadora, la sorprendente afirmación de que, en el Derecho Eclesiástico del Estado, la Constitución no deja de ser una mera anécdota. Tan llamativo aserto fue, de ello no tengo duda, pronunciado con el deliberado propósito de desdeñar ciertas posiciones doctrinales consideradas, por ese y por otros muchos autores, «hiperconstitucionalistas», en curiosa expresión con la que en ocasiones se nos ha tratado de etiquetar a algunos peyorativamente y que refleja una polémica doctrinal acerca

Por lo demás, el modo concreto en el que habría de llevarse a cabo esa propugnada reconstrucción es algo que tampoco está libre de debate. Dicho ahora en forma sumamente resumida, desde algunos sectores doctrinales se ha postulado la conveniencia de extender a otras confesiones ciertos beneficios —suele eludirse el término privilegios— de los que actualmente disfruta la Iglesia católica, y en esta línea se habría situado, por ejemplo, la articulación de un mecanismo de financiación estatal también de la enseñanza religiosa en centros educativos públicos, contemplado en la normativa aplicable a las confesiones minoritarias aunque sometido en ella a unas condiciones distintas y mucho más restrictivas que las que rigen para la enseñanza católica en esos mismos centros. Sin embargo este proceder, que en última instancia supone también una conversión en vía legislativa de la libertad religiosa en un derecho de prestación en sentido estricto —en contraposición, por tanto, a la naturaleza iusfundamental de esa libertad—, no solo mantiene en pie la discriminación respecto de todos aquellos ciudadanos que profesen una religión a la que no se le hayan extendido esos mismos privilegios sino que implica, además, la realización por parte del Estado —al financiarlas— de prestaciones netamente religiosas, lo que, en palabras de la propia Administración expresadas en el ya referido marco de actuación de la Fundación Pluralismo y Convivencia, resulta ilógico en un modelo basado en el principio de laicidad que impone, al menos en teoría, la prohibición de confundir las funciones civiles y las religiosas.

Así las cosas, en mi criterio, la forma adecuada de operar esa necesaria depuración o reconstrucción de nuestro actual sistema de relaciones Iglesia-Estado pasa necesariamente por la paulatina eliminación de los privilegios de que gozan

del fundamento y la propia concepción científica de aquella disciplina que no procede detallar ahora aquí —aunque quizás sí deba aclarar que uno modestamente nunca se ha sentido agravado por ello, dado que no considero que propugnar ante todo una interpretación constitucionalmente adecuada y consecuentemente una reconstrucción de este sector normativo basada en dicha interpretación sea algo en absoluto negativo, sino más bien al contrario—. Con todo, lo cierto es que el autor de aquella tan chocante sentencia, quizás sin ser plenamente consciente de ello, más que desdiciendo una determinada opción científica lo que en realidad estaba haciendo era describir, reveladoramente, una realidad frecuentemente palpable tanto en la obra del legislador como, especialmente, en la forma de abordar metodológicamente la tarea de construcción dogmática en este sector del ordenamiento, pues en ocasiones uno tiene la sensación de que la Constitución no deja de ser, para algunos autores, algo efectivamente anecdótico a cuyas ordinarias claves hermenéuticas no ha de atender primordialmente la elaboración científica en torno al sistema de relaciones Iglesia-Estado, o al menos no lo ha de hacer en la misma medida en la que ello es una exigencia inexcusable tratándose de cualquier otro sector del ordenamiento, debido todo esto en apariencia a que aquí lo que supuestamente se ha de aplicar son criterios hermenéuticos propios, específicamente *eclesiasticistas* (?); creo honestamente que este ha venido siendo el caso desde la instauración del vigente régimen constitucional.

tanto la Iglesia católica como, asimismo aunque obviamente en mucha menor medida, algunas de las llamadas confesiones minoritarias, y la consiguiente instauración de un estatuto verdaderamente común en lo tocante al contenido esencial de la libertad religiosa y a su elemental régimen de ejercicio —en realidad estimo que habría que ir aún más lejos para instaurar un régimen común de tutela para la libre manifestación de cualesquiera convicciones, esto es, un régimen común de desarrollo de la libertad ideológica y religiosa, pero esa es otra cuestión que ya quedó antes apuntada—.

La supresión de esos privilegios podría llegar, y acaso esto sería lo más deseable, por la vía de una renegociación de los acuerdos de cooperación con la que estos quedasen reducidos al papel que según algunos autores les habría de corresponder en el contexto de un sistema que, como el nuestro, ya reconoce y garantiza plenamente los derechos fundamentales y por supuesto entre ellos la libertad religiosa y, por tanto, no requiere que dicha garantía se verifique en modo alguno por la vía acordada⁵⁵, esto es, el papel propio de unas normas convencionales con las que únicamente se pretende regular cuestiones muy concretas y específicas relativas a las peculiaridades de cada confesión pero sin introducir, en ningún caso, innovaciones o excepciones en el contenido esencial de la libertad religiosa ni en el de ningún otro derecho fundamental⁵⁶.

A favor de esta estrategia parece jugar, en alguna medida al menos, el propio contenido de los acuerdos con la Santa Sede puesto que en algunos de ellos se adoptan abiertamente ciertas premisas, aceptadas en consecuencia por ambas partes firmantes, tales como la de que el Estado no puede desconocer obligaciones jurídicas contraídas en el pasado pero tampoco puede prolongarlas indefinidamente (Acuerdo sobre asuntos económicos), o, similarmente, la de que la Iglesia renuncia a cualquier situación de discriminación o privilegio (Acuerdo

⁵⁵ Como con toda razón se ha hecho notar, «la constitucionalización de los derechos y libertades fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico significa que su vigencia es plena y su ámbito común para todos los ciudadanos. Hechas estas precisiones, parece difícil enmarcar en un acuerdo específico una referencia a los derechos y libertades fundamentales que tenga otro valor que el de una mera remisión a la legislación común vigente en la actualidad. Incluso la ampliación, si fuera posible, del contenido de alguno de estos derechos, a favor de aquellos ciudadanos que profesaran unas creencias y pertenecieran a una confesión, de las que han suscrito acuerdos con el Estado, no dejaría de suscitar serias dudas sobre su constitucionalidad. El privilegio que ello podría suponer chocaría frontalmente con la prohibición de cualquier discriminación por motivos religiosos» (J. A. SOUTO, «Cooperación del Estado con las confesiones religiosas», *loc. cit.*, pp. 374-75).

⁵⁶ En este sentido, entre otros, L. MARTÍN-RETORTILLO, «El marco normativo de la libertad religiosa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 148, 1999, p. 15; G. SUÁREZ PERTIERRA, «La ley orgánica de libertad religiosa, 25 años después», en VV. AA., *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Madrid, 2006, pp. 57-58.

sobre enseñanza y asuntos culturales); el hecho de que esas premisas no se correspondan después con una parte del régimen acordado o de sus posteriores normas de desarrollo representa una más de las múltiples paradojas que caracterizan a nuestro Derecho Eclesiástico pero, a mi juicio al menos, no les resta valor en absoluto a aquellas ni mengua su potencial significación.

De no ser así, únicamente parece quedar expedita la vía de la impugnación de aquellas disposiciones, no solo las contenidas en los acuerdos de cooperación, en las que se consagran todavía privilegios que benefician principalmente a la que antaño fuese la religión oficial y, consecuentemente, discriminan a las demás. Aunque en pocas ocasiones esta vía ha rendido los frutos pretendidos, tampoco faltan los casos en los que se ha invalidado una disposición en este ámbito normativo por entenderse contraria al principio constitucional de igualdad: así por ejemplo la STC 340/1993, en la que se decretó la nulidad del artículo 76.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que confería a la Iglesia católica un estatus particularmente beneficioso en el contexto de esa disposición o, también, la más reciente STC 131/2013, en la que fue invalidado por discriminatorio el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica de Universidades de 2001 que, similarmente, le otorgaba a la Iglesia un tratamiento especial y privilegiado en el marco del régimen jurídico de las universidades privadas, al quedar excepcionalmente eximida esta confesión del requisito general del reconocimiento de la universidad por ley estatal o autonómica.

Solo el transcurso del tiempo permitirá comprobar si se consolidan o no en la jurisprudencia constitucional, y de qué modo, algunos de los argumentos expuestos de manera especial en esa última resolución, en el sentido de que no hay nada en nuestro ordenamiento, ni siquiera lo declarado en el artículo 16.3 CE, que justifique un tratamiento jurídicamente privilegiado para la religión sociológicamente mayoritaria entre nosotros, aunque justo es reconocer que la forma en extremo cautelosa en la que son enunciados aquí dichos argumentos, así como el carácter internamente muy controvertido de la sentencia⁵⁷, permiten albergar serias dudas de que esa consolidación pueda producirse y vaya a propiciar el cuestionamiento, por discriminatorios, de algunos de los preceptos que, integrando el actual régimen concordatario, pueden asimismo plantear problemas de constitucionalidad.

⁵⁷ Al respecto puede verse mi trabajo «Las objeciones a la declaración de inconstitucionalidad del régimen especial de reconocimiento de las universidades católicas: análisis de los votos particulares a la STC 131/2013, de 5 de junio», en *Revista de Derecho Político*, 95 (2016).

Title:

The meaning and scope of article 16 of the Spanish Constitution: forty years of religious freedom and non-establishment of religion.

Summary:

I. Introduction. 2. The constitutional framework on Church and State and its historical, political and sociological background. 3. Controversial aspects concerning the legal development of religious freedom and the legal status of religious denominations. 4. Constitution and agreements between the State and religious denominations. 5. Concluding remarks: the unfinished process of disestablishment of religion in Spanish law and the main proposals of reform in this field.

Resumen:

En este trabajo se realiza un balance y examen global del desarrollo que ha experimentado el llamado sistema de relaciones Iglesia-Estado en España en las cuatro décadas de vigencia de la Constitución de 1978, prestando una especial atención a las razones de fondo que llevaron al constituyente a incluir una referencia en él a la cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones así como a las consecuencias que ha tenido el hecho de que las relaciones con aquella estuviesen ya configuradas concordatariamente en el momento en el que fue aprobada la Constitución. En este contexto general, se exponen las principales claves de interpretación del actual régimen de la libertad religiosa en España, del estatuto de las entidades religiosas y del subsistema conformado por el contenido de los acuerdos de cooperación suscritos por el Estado con las confesiones religiosas.

Abstract:

In this paper the author conducts an overview of the relations between Church and State in Spain and how they have evolved since the promulgation of the 1978 Constitution; to this regard, special consideration is given to the fact that the relations between the Catholic Church and the State were already predetermined by the existence of certain agreements that were elaborated even before the Constitution came into force, a fact that has had significant consequences in the development of this particular field of law. Further consideration is also given to the current legal status of religious freedom in Spain and to the legal position of religious organizations in this country, including some remarks focused on the content of the current agreements

signed by the State with some of the so called minority religious denominations.

Palabras clave:

Relaciones Iglesia-Estado; Derecho Eclesiástico del Estado; libertad religiosa; aconfesionalidad; confesiones religiosas.

Key words:

Church and State; Law and Religion; religious freedom; non-establishment of religion; religious organizations.